



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

**DOBLE GRADO EN DERECHO Y EN CIENCIAS
POLÍTICAS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

CURSO 2017/2018

EL TRATAMIENTO DEFICIENTE DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR. EL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE LIBIA E ITALIA

SARA TORRALBO TURRIÓN

TUTOR: JUAN SANTOS VARA

JULIO 2018

TRABAJO FIN DE GRADO
DOBLE GRADO EN DERECHO Y EN CIENCIAS POLÍTICAS Y
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
CURSO 2017/2018

EL TRATAMIENTO DEFICIENTE DE LA
MIGRACIÓN IRREGULAR. EL
MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO
ENTRE LIBIA E ITALIA

THE DEFICIENT TREATMENT OF
IRREGULAR MIGRATION. THE
MEMORANDUM OF UNDERSTANDING
BETWEEN LIBYA AND ITALY

SARA TORRALBO TURRIÓN

u157818@usal.es

TUTOR: JUAN SANTOS VARA

RESUMEN

La construcción de un sistema de asilo uniforme y armonizado en el seno de la UE ha sido siempre una vieja aspiración. Sin embargo, pese a los esfuerzos, la actual crisis migratoria ha puesto de manifiesto las importantes carencias del actual SECA. La falta de poder en la toma de decisiones por parte de las agencias europeas, la desarticulación del Espacio Schengen y la deficiente actuación ante los flujos migratorios son sólo algunos de los problemas a los que se ha tenido que hacer frente.

El tratamiento poco ortodoxo del fenómeno de la migración irregular ha tenido su reflejo en el polémico “Memorando de Entendimiento” entre Libia e Italia. Este acuerdo ha puesto en el foco del debate la posible atribución de responsabilidad internacional a la UE, y en particular a Italia. Todo ello como consecuencia de la asistencia prestada en la gestión de los flujos migratorios a Libia, un país donde las violaciones de los derechos humanos de los inmigrantes son una constante y donde, además, no se respeta el principio internacional de no devolución.

PALABRAS CLAVE: Asilo, SECA, migración irregular, Memorando de Entendimiento, responsabilidad internacional, principio de no devolución.

ABSTRACT

The creation of a uniform and harmonized asylum system within the EU has always been an old aspiration. However, despite the efforts, the current migration crisis has highlighted the most important problems of the SECA. The lack of decision-making power of European agencies, the dismantling of the Schengen Area and the deficient performance of migratory flows are only some of the problems.

The unorthodox treatment of the phenomenon of irregular migration has been reflected in the controversial "Memorandum of Understanding" between Libya and Italy. This agreement has placed the focus of the debate on the possible attribution of international responsibility to the EU, and in particular to Italy. All this as a consequence of the assistance provided in the management of migration flows to Libya, a country where violations of the human rights of immigrants are a constant and where, in addition, the international principle of non-refoulement is not respected.

KEYWORDS: Asylum, SECA, irregular migration, Memorandum of undersating, internacional responsability, principle of non-refoulement.

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	4
I. <u>INTRODUCCIÓN</u>	5
II. <u>EL DERECHO DE ASILO</u>	8
i. El contenido y la regulación del derecho de asilo.....	8
ii. El derecho de asilo en el contexto europeo.....	9
III. <u>EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO: SUS ORÍGENES, CARACTERÍSTICAS Y REGULACIÓN</u>	10
IV. <u>LA PROBLEMÁTICA DEL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO: ESPECIAL REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR</u>	12
i. Las debilidades del proceso de agencificación: EASO Y EUAA.....	13
ii. La desarticulación del Espacio Schengen.....	15
iii. La actuación deficiente ante el problema de la migración irregular: especial mención al Acuerdo entre la UE-Turquía.....	17
V. <u>EL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE ITALIA Y LIBIA</u>	23
i. El origen, contenido y objetivos del Memorando de Entendimiento.....	23
ii. Libia, ¿un “Estado seguro”?.....	26
iii. La posible vulneración del Derecho Internacional y la atribución de responsabilidades.....	29
VI. <u>CONCLUSIONES</u>	32
VII. <u>BIBLIOGRAFÍA</u>	34

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CDI	Comisión de Derecho Internacional
EASO	Oficina Europea de Apoyo al Asilo
EUAA	Agencia de Asilo de la UE
MdE	Memorando de Entendimiento
NU	Naciones Unidas
OIM	Organización Internacional para la Migración
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la UE
TJUE	Tribunal de Justicia de la UE
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este nuestro trabajo radica en el análisis del MdE firmado entre Libia e Italia en el año 2017. Se trata de analizar el origen, el contenido y las consecuencias, en términos de responsabilidad internacional, que pudieran derivarse del mismo. Sin embargo, para una mayor comprensión tanto de su contenido como de sus posibles consecuencias resulta necesario llevar a cabo una importante labor de contextualización.

Para el cumplimiento de nuestros objetivos tomaremos como punto de partida el contenido y la regulación del derecho de asilo. El contenido de este derecho fundamental, reconocido tanto a nivel internacional como a nivel europeo, ha adquirido una especial relevancia en las últimas décadas y ello como consecuencia de la ingente llegada de inmigrantes a las fronteras europeas, inmigrantes que no demandan otra cosa sino protección internacional.

Desde la UE se ha tratado de ofrecer soluciones eficaces ante la actual “crisis de refugiados”. Sin embargo, a pesar de los continuos intentos por crear un sistema europeo uniforme en materia de asilo, un sistema que resultase de aplicación en todos los Estados miembros y que, además, ofreciera unos resultados eficientes, la crisis migratoria actual no ha hecho sino evidenciar aún más la existencia de importantes deficiencias en el actual SECA.

En primer lugar, hemos de referirnos a la problemática del proceso de agencificación. En las últimas décadas, desde la UE se ha optado por la creación de un amplio abanico de agencias de naturaleza europea. La finalidad que se ha perseguido con la creación de las mismas no ha sido otra que la atribución a estas últimas de una importante labor en la creación de un auténtico sistema común en materia de asilo. Destacamos entre tales agencias la labor de la EASO, posteriormente renombrada como EUAA. Así, en este último caso, el desarrollo de las funciones que le son propias se ha visto especialmente entroncado por la ausencia de poder frente a los Estados miembros. Las decisiones de las agencias europeas no tienen carácter vinculante, de manera que su adopción por parte de los Estados miembros no es sino una posibilidad. Por tanto, resulta evidente que esa ausencia de fuerza vinculante impide el eficaz desarrollo de las competencias que en materia de armonización le son encomendadas.

El segundo problema se refiere a la desarticulación del denominado Espacio Schengen. En virtud del Acuerdo Schengen de 1985 se pretendió hacer efectivo el principio de libre circulación de personas. El Espacio Schengen supuso la eliminación de todo tipo de controles en las fronteras internas de los Estados miembros, así como la implementación de una política de gestión conjunta en las fronteras exteriores. Sin embargo, el terror infundado en las últimas décadas por el terrorismo yihadista de Estado Islámico y la pérdida de soberanía nacional se han configurado como factores determinantes de la desarticulación, al menos con carácter temporal, de los principios configuradores del Espacio Schengen, habiendo servido estos factores como justificación para la denegación de las solicitudes de asilo.

Por último, centraremos nuestro análisis en una de las principales debilidades del actual SECA. Se trata de la deficiente actuación ante la oleada de flujos migratorios que, de forma irregular, llegan hasta las fronteras de los Estados miembros. La ineficiente gestión de la migración irregular por parte de la UE ha tenido su reflejo en la adopción de una serie de medidas especialmente polémicas. Nos referimos fundamentalmente al Acuerdo entre Turquía y la UE y al MdE entre Libia e Italia. Con tales medidas se ha puesto de relieve como la actual política migratoria en la UE se centra en evitar la llegada, a cualquier precio, de flujos migratorios y ello sin tener en consideración los derechos que legítimamente le corresponden a quienes demandan protección internacional.

Analizaremos, en primer lugar, el acuerdo que, en el año 2016, formalizaron la UE y Turquía, un acuerdo cuyo contenido se centrará en el retorno y la devolución de todos aquellos migrantes que de forma irregular llegan hasta las fronteras europeas demandando protección internacional (fundamentalmente aquellos que lo hacen a través de las costas griegas). Se trata de un acuerdo cuyo contenido ha puesto de manifiesto una posible vulneración de las normas de Derecho Internacional y europeo: en especial del principio de no devolución, de la prohibición de las expulsiones colectivas y del derecho a un procedimiento con todas las garantías (análisis individualizado de las solicitudes de asilo y derecho a un recurso efectivo).

Finalmente, en la última parte de nuestro trabajo nos centraremos en el análisis de nuestra cuestión objeto de estudio: el MdE. Ante la llegada masiva de inmigrantes a las costas italianas, e impulsados por el rechazo del fenómeno migratorio por parte de la opinión pública, a principios del año 2017, Libia e Italia firmaron el conocido como MdE.

Dicho acuerdo no es sino un reflejo más de la ineficiente y polémica gestión de la política migratoria que se ha llevado a cabo en el seno de la UE.

En virtud del mismo, ambos Estados contrajeron obligaciones mutuas. Por un lado, Libia se comprometió a la adopción de todas aquellas medidas necesarias para frenar la llegada de inmigrantes a territorio europeo, y en concreto a las costas italianas. Para ello las autoridades libias tienen encomendada la labor de interceptar a todos aquellos inmigrantes que pretendan llegar hasta territorio europeo en búsqueda de protección internacional, inmigrantes que serán internados en centros de acogida temporal en tanto en cuanto se tramita su retorno forzoso o voluntario. A cambio, por su parte, el gobierno italiano se comprometió a financiar las actuaciones de las autoridades libias, a prestar apoyo técnico y tecnológico y a la implementación de medidas tendentes a la promoción del desarrollo de las regiones libias más afectadas por los flujos migratorios.

Sin embargo, la problemática del MdE se plantea en torno a la posible atribución de responsabilidad internacional tanto a la UE como a los Estados miembros, y en concreto a Italia. Las flagrantes violaciones de los derechos de los inmigrantes en los centros de acogida temporal libios, así como la vulneración de la prohibición internacional de la devolución, ponen de manifiesto el incumplimiento de las normas de Derecho Internacional por parte de Libia. Si bien las dificultades se plantean a la hora de hablar de la posibilidad de que la asistencia que desde la UE se ha venido prestando a las autoridades libias pudiera ser considerada como un hecho ilícito desde el punto de vista internacional. Se trata, en cualquier caso, de una cuestión problemática respecto de la cual no hay unanimidad, una cuestión que, además, se ha visto dificultada por la externalización de las políticas migratorias a un tercer país ajeno a la UE: Libia.

II. EL DERECHO DE ASILO

i. El contenido y la regulación del derecho de asilo.

El derecho de asilo se consagra como un derecho humano fundamental. Nos encontramos ante un derecho inherente al hombre en la esfera de las relaciones internacionales¹. Este derecho aparece reconocido, por primera vez, en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, una normativa que entra en vigor tras el final de la II Guerra Mundial. Posteriormente, será desarrollado por la Convención de Ginebra de 1951 y por el Protocolo de New York de 1967.

En el seno de la UE, el derecho de asilo se encuentra regulado en la Convención Europea para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, así como en la Carta de Derechos Fundamentales del año 2000 y en un amplio abanico de actos de derecho de la UE derivado (Reglamentos y Directivas). Todo ello, además, ha de ser complementado con la importante labor desarrollada por la jurisprudencia del TEDH en materia de asilo.

En el caso de España, el derecho de asilo está reconocido en el artículo 13 de la CE y desarrollado en la reciente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Para una mayor comprensión del derecho de asilo, hemos de partir de la consideración de que el reconocimiento de este derecho precisa de la previa obtención del estatuto jurídico de refugiado. Así, el artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 dispone que tendrá la consideración de “refugiado” cualquier nacional procedente de un tercer país o apátrida que, encontrándose fuera de su país de origen o residencia, no quiere o no puede volver a él como consecuencia de la existencia de fundados temores a ser perseguido por razón de su raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social.

En definitiva, el derecho de asilo no es sino el derecho fundamental de toda persona a convertirse en beneficiaria de protección internacional, fuera de su país de

¹ SOLANES, A., “Derechos Humanos y Asilo: Sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española”, *Instituto Universitario de Derechos Humanos*, 2014.

origen o residencia, cuando su vida, su integridad física o moral o su libertad corrieran peligro como consecuencia de la concurrencia de alguno de los citados motivos.

En cualquier caso, la principal obligación que resulta para los Estados, como consecuencia del reconocimiento del derecho de asilo, es la prohibición de expulsión y devolución. Esta prohibición aparece regulada en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra, una disposición en la que se establece que ningún Estado miembro podrá proceder a la expulsión o devolución de una persona al territorio de un país (ya sea su país de origen u otro afín) en el que su vida o su libertad pudieran correr peligro o en el que corriera el riesgo de ser sometido a torturas, tratos inhumanos o degradantes como consecuencia de alguno de los motivos mencionados.

ii. El derecho de asilo en el contexto europeo.

La actual crisis migratoria a la que se enfrenta la UE ha puesto de manifiesto la existencia de un amplio abanico de problemas en materia de protección internacional. La aparición en la escena europea de un desbordante número de nacionales procedentes de terceros Estados que demandan asilo ha evidenciado las carencias del derecho internacional y europeo. Se trata, en cualquier caso, de personas que huyen de sus países de origen como consecuencia de la guerra o ante un importante repunte de la violencia.

La crisis de refugiados ha evidenciado el hartazgo de los Estados miembros ante las directrices internacionales y europeas en materia de protección internacional. Ese hartazgo tiene su origen, por un lado, en las injustas reglas de asignación de responsabilidades creadas por el sistema de Dublín². No se ha cumplido con el demandado reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros ante la ingente llegada de solicitudes de asilo. De este modo, el principio de solidaridad, inherente a los valores europeos, ha devenido inaplicable³. Por otro lado, el auge del terrorismo yihadista ha colocado en el centro del debate la cuestión de la seguridad

² BRUYCKER, P. DE, "The European Border and Coast Guard: A New Model Built on an Old Logic", *European Papers*, 2016.

³ GONZÁLEZ VEGA, J., "Mitos y Mitificaciones: La UE y la protección internacional (a propósito de la crisis de los refugiados)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017.

nacional⁴. De esta manera, los Estados miembros se han visto reticentes a la hora de aceptar la llegada de inmigrantes y han decidido blindar sus fronteras.

Además, el artículo 4.2 j) del TFUE establece que las competencias en materia de asilo tienen carácter compartido, de modo que deberán de ser ejercitadas de forma conjunta por la UE y los diversos Estados miembros. Es por ello por lo que esa naturaleza compartida dificulta aún más la implementación de una respuesta uniforme por parte de la UE para ofrecer soluciones eficaces ante tales dificultades.

III. EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO: SUS ORÍGENES, CARACTERÍSTICAS Y REGULACIÓN

El Derecho Internacional carece de soluciones para hacer frente a todos aquellos problemas que pudieran derivarse como consecuencia del fenómeno migratorio, dificultades entre las que se encuentra la denominada “crisis de los refugiados”. En palabras de Philippe Wecket, “la migración internacional es un fenómeno observable, pero no es objeto del Derecho Internacional”⁵. Así, en este contexto, la falta de regulación a nivel global del fenómeno migratorio motivó la creación, en el seno de la UE, del llamado Sistema Europeo Común de Asilo, también conocido bajo su acrónimo SECA o CEAS (*Common European Asylum System*) en inglés.

Javier González Vega, profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Oviedo y catedrático en Derecho por esta última, definió el SECA como un sistema de protección internacional creado por la UE para el establecimiento de una serie de reglas en virtud de las cuales pudiera hacerse posible la coordinación, en materia de asilo, entre los diversos sistemas nacionales. La finalidad última que se perseguía con la implementación de este sistema no era otra que la de salvaguardar el principio de libre circulación de personas en el interior de la UE⁶.

El SECA tiene su origen en el principio de libre circulación, el cual no es sino una consecuencia más del Acuerdo de Schengen de 1985. Este principio supone el

⁴ BRUYCKER, P. DE, “The European Border and Coast Guard: A New Model Built on an Old Logic”, *European Papers*, 2016.

⁵ WECKEL, P., *Le droit international face à la mobilisation internationale en faveur des migrants*, Académie de droit international de La Haye, Boston, 2015, p. 30.

⁶ GONZÁLEZ VEGA, J., “Mitos y Mitificaciones: La UE y la protección internacional (a propósito de la crisis de los refugiados)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017.

establecimiento de una gestión conjunta de las fronteras exteriores del llamado Espacio Schengen y la inexistencia, además, de controles en las fronteras internas de los Estados miembros.

El punto de partida en la paulatina construcción del actual SECA tiene lugar en el año 1999. A finales del siglo XX, ante las nefastas consecuencias derivadas de la Guerra de los Balcanes, tiene lugar la celebración del llamado Consejo de Tampere⁷. La labor desempeñada en el mismo no se limitó única y exclusivamente al establecimiento de una regulación de mínimos en materia de asilo sino que, por el contrario, fue más allá. Se trataba de construir un “Estatuto común de protección internacional” del que pudieran beneficiarse nacionales procedentes de terceros Estados y apátridas⁸. En definitiva, los frutos del Consejo de Tampere se tradujeron en la implementación de un sistema europeo común en materia de asilo que contaba con un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros y que tenía su base en el principio de no devolución. Todo ello aparece actualmente plasmado en el artículo 78 del TFUE.

A pesar de que el SECA tiene su origen inmediato en el ya mencionado Acuerdo de Schengen, no será hasta bien entrado el siglo XXI cuando se produzca un importante impulso en la construcción de un sistema común para toda la UE en materia de asilo. Así, en el año 2015, la Agenda Europea de Migración impuso a los Estados miembros la obligación de conformar un sistema común de asilo que otorgase todas las garantías a quienes demandan protección internacional⁹. De forma posterior, en el año 2016, y para dar cumplimiento a las obligaciones previamente impuestas por la Agenda Europea de Migración, la Comisión Europea emprendió un proceso encaminado a la reforma del por entonces marco de regulación del derecho asilo. Este proceso se ha centrado en la reforma de los Reglamentos de Dublín III, en la atribución de mayores competencias a las agencias europeas, así como en la sustitución o revisión del contenido de múltiples directivas europeas, tales como la directiva de procedimiento, de reconocimiento o de reasentamiento, por nuevos Reglamentos¹⁰.

⁷ SOLANES, A., “Derechos Humanos y Asilo: Sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española”, *Instituto Universitario de Derechos Humanos*, 2014.

⁸ PARRAS, J. M., “El Sistema Europeo Común de Asilo y la Crisis de los Refugiados. Un nuevo desafío de la Globalización”, *Revista de Estudios Políticos*, 2017.

⁹ GONZÁLEZ VEGA, J., “Mitos y Mitificaciones: La UE y la protección internacional (a propósito de la crisis de los refugiados)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017.

¹⁰ GONZÁLEZ VEGA, J., “Mitos y Mitificaciones: La UE y la protección internacional (a propósito de la crisis de los refugiados)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017.

Desde la esfera europea, se trató de implementar una normativa de mínimos en materia de asilo, una regulación que supusiera el establecimiento de puntos comunes entre los ordenamientos jurídicos de unos y otros Estados miembros en la referida materia. La nueva regulación a nivel europeo del derecho de asilo sobrepasa las previsiones del derecho internacional. Ante la obsolescencia del contenido de la Convención de Ginebra de 1951, desde la UE se ha tratado de ofrecer una regulación del derecho de asilo acorde a la realidad migratoria del continente europeo.

IV. LA PROBLEMÁTICA DEL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO: ESPECIAL REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR

Tal y como ya hemos venido anunciando, el SECA cumple fundamentalmente una función de carácter armonizador pues su objetivo no es otro que el de coordinar la ley en materia de asilo para todo el conjunto de la UE¹¹. Sin embargo, en la práctica observamos una realidad absolutamente distinta dado que la regulación legal del asilo varía sustancialmente de un Estado miembro a otro.

En definitiva, pese a su denominación, el SECA ni es un sistema ni mucho menos es común¹², circunstancia que observamos en el hecho de que cada uno de los Estados miembros de la UE cuente con sus propios procedimientos, así como con su particular forma de examinar las solicitudes de asilo.

Esta circunstancia no es sino consecuencia de las carencias que el actual SECA presenta. Entre el amplio abanico de dificultades a las que se ha de hacer frente vamos a referirnos fundamentalmente a tres: las carencias del proceso de agencificación¹³, la desarticulación del Espacio Schengen y, principalmente, el deficiente tratamiento que, desde la UE, se ha venido dando al grave problema de la migración irregular.

¹¹ SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law”, *European Papers*, 2016.

¹² SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law”, *European Papers*, 2016.

¹³ GONZÁLEZ VEGA, J., “Mitos y Mitificaciones: La UE y la protección internacional (a propósito de la crisis de los refugiados)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017.

i. Las debilidades del proceso de agencificación: EASO y EUAA.

En el seno de la UE, ha tenido lugar un importante proceso de agencificación en materia de asilo e inmigración. En virtud de dicho proceso se ha procedido a la creación de una amplia variedad de agencias de naturaleza europea, agencias a las que se les han atribuido funciones de supervisión y coordinación en este ámbito. Así, entre tales agencias destacaremos la labor desempeñada por la EASO.

La EASO es una agencia creada por la UE en virtud del Reglamento (UE) nº 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo. Su función principal no es otra que la de facilitar y garantizar la cooperación en materia de asilo entre los Estados miembros de la UE¹⁴, otorgando a estos últimos apoyo operacional para el cumplimiento de todas aquellas obligaciones impuestas en la referida materia. Es por todo ello por lo que su papel resulta determinante en lo relativo a la aplicación del SECA pues su finalidad última es la de contribuir al establecimiento de un sistema europeo uniforme en materia de asilo.

A pesar de su configuración como un organismo de Derecho Público de la UE dotado de personalidad jurídica propia¹⁵, la EASO carece de poder alguno en la toma de decisiones¹⁶. El propio Reglamento (UE) nº 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo ha excluido de forma expresa la posibilidad de que las decisiones adoptadas por la EASO en materia de asilo pudieran tener carácter vinculante. Siendo precisamente en este último aspecto en torno al cual se plantean las principales problemáticas respecto de esta agencia.

La ausencia de dicho poder dificulta seriamente la posibilidad de que se produzca una actuación uniforme en el seno de la UE. La justificación de tal exclusión reside en la habitual pugna entre el mantenimiento de la soberanía nacional de los Estados y el establecimiento de una regulación uniforme en la UE. Es así como, en el momento de aprobación de dicho reglamento, los Estados miembros, con la intención última de evitar que su competencia en relación con el examen de las solicitudes de asilo pudiera verse limitada, se aseguraron de que no se le otorgase capacidad alguna a la EASO. Su labor,

¹⁴ TSOURDI, E., “Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation towards joint Implementation through the European Asylum Support Office”, *European Papers*, 2016.

¹⁵ CHAMON, M., *EU Agencies Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 6.

¹⁶ TSOURDI, E., “Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation towards joint Implementation through the European Asylum Support Office”, *European Papers*, 2016.

por tanto, se limita al establecimiento de un conjunto de criterios encaminados a determinar cuál es el Estado miembro competente para el examen de las pertinentes solicitudes¹⁷. En ningún caso la EASO será competente para la evaluación de las mismas, pues esta es una facultad encomendada a las autoridades nacionales pertinentes en cada caso.

Ahora bien, pese a que las decisiones en torno a la concesión de las solicitudes de asilo son adoptadas por los Estados miembros, estas últimas si pudieran estar apoyadas en recomendaciones emitidas previamente por la propia EASO. Sin embargo, tal y como ya hemos venido advirtiendo, dichas recomendaciones en ningún caso tendrán carácter vinculante pues esta circunstancia implicaría contravenir lo dispuesto en el artículo 78.2 e) del TFUE (“el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a un sistema europeo común de asilo que incluya (...) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria”)¹⁸. De esta manera, las autoridades nacionales competentes podrán emitir su decisión teniendo en cuenta, o no, el contenido de la recomendación y ello al carecer esta última de fuerza vinculante.

Otra de las cuestiones más problemáticas en torno a la EASO se refiere a los recursos humanos y financieros de los que dispone. En este sentido, ante el importante cometido de esta agencia, cabe decir que se precisa de una necesaria mejora tanto de los recursos humanos como de los recursos financieros de la misma.

Sin embargo, pese a todas estas dificultades, en el año 2016, la Comisión Europea puso en marcha un importante proceso encaminado hacia la reforma del actual SECA. Entre las diversas medidas legislativas adoptadas hemos de destacar en este punto la reforma del Reglamento (UE) n ° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo¹⁹.

¹⁷ TSOURDI, E., “Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation towards joint Implementation through the European Asylum Support Office”, *European Papers*, 2016.

¹⁸ TSOURDI, E., “Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation towards joint Implementation through the European Asylum Support Office”, *European Papers*, 2016.

¹⁹ GONZÁLEZ VEGA, J., “Mitos y Mitificaciones: La UE y la protección internacional (a propósito de la crisis de los refugiados)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017.

La Comisión Europea propuso la transformación de la actual EASO en una “Agencia de Asilo de la UE” (EUAA). La finalidad última que se persiguió con dicho renombramiento no fue otra que la de hacer un mayor hincapié en la aplicación uniforme y armonizada de la normativa europea en materia de asilo, circunstancia para la cual se procedió a la atribución de un mayor número de competencias a esta nueva agencia, así como a una mayor dotación de recursos (humanos y financieros) a la misma²⁰.

Así, de entre las nuevas atribuciones y competencias de las que se ha previsto dotar a esta agencia cabe destacar las siguientes:

- Garantizar una mayor convergencia en la evaluación de las solicitudes de asilo por parte de los distintos Estados miembros de la UE.
- Se encargará de la aplicación del mecanismo de equidad en atención a las nuevas reformas del sistema de Dublín.
- Desplegará equipos de apoyo al asilo y proporcionará asistencia técnica y operativa a los Estados miembros cuando así lo soliciten estos últimos para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de asilo, y muy especialmente en aquellos Estados que estuvieran siendo objeto presiones migratorias desmedidas.

ii. La desarticulación del Espacio Schengen.

El 14 de junio de 1985, cinco Estados miembros de la UE (Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo y los Países bajos) firmaron el llamado Acuerdo Schengen. Sin embargo, al contenido del mismo se han ido adhiriendo de forma progresiva un gran número de Estados y ello hasta alcanzar, en la actualidad, un total de 26 países suscriptores del Acuerdo Schengen. En su mayoría se trata de Estados miembros de la UE (22 de los países adheridos pertenecen a la UE: Dinamarca, Finlandia, Suecia, Grecia, España, Italia, Portugal, Austria, Hungría, Liechtenstein, República Checa, Malta, Polonia, Eslovenia, Eslovaquia, Estonia y Lituania, Letonia, además, de los cinco países originariamente miembros). Sin embargo, también forman parte del denominado Espacio Schengen países que, por su parte, no tienen reconocido el estatus de Estado miembro de la UE (Islandia, Noruega, Suiza). Mientras que, paradójicamente, por otro lado, nos encontramos con diversos Estados que, aun formando parte de la UE, no se han adherido

²⁰ TSOURDI, E., “Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation towards joint Implementation through the European Asylum Support Office”, *European Papers*, 2016.

al Espacio Schengen. Es el caso de Reino Unido, Irlanda, Bulgaria, Croacia, Chipre y Rumanía.

En virtud de dicho acuerdo se pretendía avanzar en la progresiva eliminación de todos aquellos controles previamente establecidos en las fronteras internas de estos países y todo ello con la finalidad última de implementar un régimen de libre circulación que beneficiase a los nacionales miembros de los Estados adheridos²¹. En definitiva, podemos decir que el conocido como Espacio Schengen no es más que un espacio libre de controles en las fronteras interiores²². Se trata de abrazar la posibilidad de que quienes residen en cualquiera de los Estados que conforman el Espacio Schengen puedan moverse sin ningún tipo de control o restricción por sus territorios, más que aquellos que fueran estrictamente necesarios para el mantenimiento de la seguridad pública.

Los controles impuestos se limitarán a las fronteras exteriores de los Estados pertenecientes al Espacio Schengen. Dicho de una forma más sencilla: por un lado, tal y como ya hemos venido avanzando, se eliminarán las restricciones en las fronteras entre los Estados pertenecientes al Espacio Schengen. En cambio, por otro lado, se mantendrán los controles en las fronteras entre los Estados pertenecientes al Espacio Schengen y los no pertenecientes.

Si bien es cierto que, dado que los ciudadanos pertenecientes a la UE tienen reconocido el derecho a la libre circulación por el territorio de la UE, los ciudadanos de aquellos Estados miembros de la UE que no pertenecen a el Espacio Schengen tan solo estarán sometidos a unos mínimos controles fronterizos. Todo ello en aras de garantizar este derecho reconocido en la normativa europea. Ahora bien, en cualquier caso, los controles en las fronteras exteriores seguirán criterios uniformes en todos los Estados Schengen. Es por ello que el objetivo perseguido implica la necesidad de llevar a cabo una gestión conjunta y armonizada de las fronteras exteriores.

Sin embargo, en las últimas décadas, han sido varios los Estados miembros que han cuestionado los criterios previstos por Schengen. Nos referimos fundamentalmente a la implementación del ya mencionado régimen de libre circulación, configurándose también este último como un derecho reconocido a todos los ciudadanos de los Estados

²¹ GONZÁLEZ VEGA, J., “Mitos y Mitificaciones: La UE y la protección internacional (a propósito de la crisis de los refugiados)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017.

²² PARRAS, J. M., “El Sistema Europeo Común de Asilo y la Crisis de los Refugiados. Un nuevo desafío de la Globalización”, *Revista de Estudios Políticos*, 2017.

miembros de la UE. La cuestión del terrorismo yihadista y la actual crisis migratoria que asedia a la UE se han configurado como factores que pudieran poner en jaque la posible viabilidad en el mantenimiento del Espacio Schengen.

En este contexto, y en ejercicio de las competencias que tienen atribuidas con carácter exclusivo en materia de control de fronteras, desde el año 2015, diversos Estados han optado por suspender, como medida cautelar y en aras de garantizar la seguridad nacional, la aplicación del principio de libre circulación, al menos de forma temporal²³.

De este modo, el cumplimiento de la política prevista por el Acuerdo de Schengen, política que implica la ausencia de controles en las fronteras internas, ha quedado en el aire. En este sentido, en el seno de la UE, los Estados miembros no sólo han impuesto férreos controles en sus fronteras internas y externas, controles encaminados a restringir la entrada de aquellos que potencialmente pudieran suponer una amenaza para el mantenimiento de la seguridad nacional, sino que, además, han encontrado en tal circunstancia la justificación perfecta a la denegación continuada de las solicitudes de asilo.

Así, siguiendo esta misma línea, a partir del año 2017 y como consecuencia de los recientes atentados perpetrados por el terrorismo yihadista en el continente europeo, la Gran Sala del TJUE ha venido defendiendo una interpretación extensiva de las causas de exclusión del estatus de refugiado, una circunstancia que, sin embargo, pudiera entroncar con el contenido de la Convención de Ginebra de 1951²⁴.

iii. La actuación deficiente ante el problema de la migración irregular: especial mención al Acuerdo firmado entre la UE-Turquía.

Es un secreto a voces que las instituciones europeas se han visto desbordadas ante la actual crisis migratoria. Este hecho ha traído consigo como consecuencia que los diversos mecanismos empleados en el seno de la UE para impedir la afluencia masiva de migrantes hayan acabado convirtiendo en ilegal la entrada en suelo europeo de quienes tratan de solicitar protección internacional, una protección que, por contra, tienen reconocida en

²³ GONZÁLEZ VEGA, J., “Mitos y Mitificaciones: La UE y la protección internacional (a propósito de la crisis de los refugiados)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017.

²⁴ GONZÁLEZ VEGA, J., “Mitos y Mitificaciones: La UE y la protección internacional (a propósito de la crisis de los refugiados)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017.

diversas normativas tanto a nivel internacional como a nivel europeo.²⁵ Así, la imposibilidad, por parte de los migrantes, de hacer uso de mecanismos legales para poder acceder a territorio europeo ha traído consigo la eclosión de un mercado de contrabando y tráfico de personas cada vez más en alza.

En las últimas décadas, la política migratoria de la UE ha girado fundamentalmente en torno a dos grandes postulados: por un lado, la rigidez procedimental para el otorgamiento de protección internacional: incremento de los controles y mayor uso de la tecnología como mecanismo base para el ejercicio de los mismos. Y, por otro lado, la externalización de la cuestión migratoria mediante la cooperación con terceros Estados y el mayor hincapié en la cuestión del retorno²⁶. De una forma más específica, como medidas principales para hacer frente a los flujos migratorios, desde Europa se ha optado por el requerimiento de visados a los nacionales de terceros Estados, la imposición a las empresas de transporte de la obligación de establecer mecanismos efectivos para la verificación de aquellos documentos que permitan la correcta identificación de los inmigrantes, la militarización de las fronteras o la negociación con terceros Estados fronterizos o de tránsito, entre una gran pluralidad de medidas²⁷.

Sin embargo, pese a que, tal y como ya hemos venido diciendo, la finalidad última perseguida con la implementación de este tipo de medidas no ha sido otra que hacer frente a la temida crisis migratoria que asola actualmente a la UE, lejos de conseguirse dicho objetivo, la migración irregular no solo no ha sufrido descenso alguno sino que, por el contrario, ha dado lugar a un importante fenómeno de contrabando y tráfico de personas.

Ante tales resultados, la actitud de los políticos e instituciones europeas no se ha caracterizado en ningún caso por su capacidad de autocrítica. Más bien, estos últimos han optado por entender que si dicha política migratoria no ha desplegado los efectos deseados ha sido porque se precisa de una implementación más potente de la misma. Defienden una intensificación de las políticas migratorias adoptadas hasta el momento como única solución posible a la migración irregular. En definitiva, han venido adoptando lo que en

²⁵ SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law”, *European Papers*, 2016. Alusión al “efecto dominó”. La prohibición de entrada en la UE a los refugiados, así como la imposición de la obligación de prohibir dicha entrada a los países vecinos, hace que la búsqueda de protección internacional se convierta en un hecho ilegal.

²⁶ SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law”, *European Papers*, 2016.

²⁷ SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law”, *European Papers*, 2016.

términos de política migratoria se conoce como “visión túnel”²⁸. Se trata de la incapacidad, o mejor dicho de la falta de voluntad, para apreciar las deficiencias de las políticas migratorias actuales y proceder a la implementación de nuevas medidas más eficaces en materia de protección internacional.

En este punto, requiere de una especial atención una de las últimas medidas adoptadas en el seno de la UE, una medida encaminada al ofrecimiento de una solución efectiva ante la actual crisis migratoria. Se trata del polémico acuerdo firmado entre la UE y Turquía en marzo de 2016²⁹.

Respecto de dicho acuerdo, en primer lugar, resulta fundamental abordar la cuestión de su naturaleza jurídica. Desde un principio, las principales instituciones europeas han venido cuestionándose la configuración -o no- de dicho acuerdo como un tratado internacional y, consecuentemente, la posibilidad de que a este último se le pudiera haber atribuido fuerza vinculante. El 18 de marzo de 2016, los Estados miembros de la UE y Turquía, mediante la emisión de un comunicado de prensa³⁰, informaron a la opinión pública de que habían alcanzado un acuerdo cuyo objetivo último radicaba en la necesidad de paliar la afluencia masiva de migrantes en territorio europeo, fundamentalmente la entrada desbordante a través de la costas griegas.

A la vista de ello, resulta más que evidente que, en su momento, no se cumplió con el procedimiento previsto en la normativa europea para la negociación y posterior celebración de un tratado internacional con terceros Estados. Por tanto, más que hablar de un acuerdo, en principio, pareciera más adecuado hacer alusión a la expresión “declaración”. Ahora bien, dicha circunstancia pondría de relieve una posible vulneración del artículo 218 del TFUE y ello dado que su no consagración en tanto en cuanto tratado internacional supondría la posibilidad de eludir el procedimiento previsto en dicha disposición para la aprobación de un tratado internacional, y consecuentemente las garantías que consigo trae aparejadas, simplemente con el hecho de modificar la forma y terminología empleadas.

²⁸ SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law”, *European Papers*, 2016.

²⁹ PARRAS, J. M., “El Sistema Europeo Común de Asilo y la Crisis de los Refugiados. Un nuevo desafío de la Globalización”, *Revista de Estudios Políticos*, 2017.

³⁰ SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law”, *European Papers*, 2016

Al hilo de tales circunstancias, y de acuerdo con el trabajo de Spijkerboer³¹, se ha optado por entender que la configuración de un texto como tratado internacional viene determinada por su carácter vinculante, y no tanto por la forma que este último pudiera presentar. Así, si aquellos que participan en su constitución consienten en quedar obligados por el contenido del mismo, estaremos ante un tratado internacional. De esta forma, en el supuesto planteado, de la lectura del acuerdo se deriva la clara intención de las partes intervinientes de quedar obligadas por su contenido. Es por ello por lo que podemos afirmar que el acuerdo firmado entre los Estados miembros de la UE y Turquía se configura como un tratado internacional, circunstancia la cual resulta fundamental pues la atribución de efectos legales al mismo pudiera poner en cuestión una posible colisión entre contenido de este último y otras normas de rango internacional y europeo.

En lo relativo a su contenido, nos encontramos aquí con la cuestión que mayor problemática ha generado no solo desde el punto de vista jurídico sino también desde una perspectiva social y moral. En este sentido, hemos de decir que el contenido del mencionado acuerdo versa fundamentalmente sobre la cuestión del retorno de todos aquellos migrantes que, de forma irregular, llegan hasta las fronteras de la UE, principalmente por la vía de las costas griegas, en búsqueda de protección internacional³². Se trata esta última de una cuestión de especial sensibilidad pues podría poner de relieve una clara vulneración de los derechos fundamentales de quienes son objeto de retorno, con el consiguiente incumplimiento del deber de protección internacional por parte de los Estados miembros³³, así como de la obligación de no devolución.

La crisis migratoria actual ha tenido un impacto asimétrico entre los distintos Estados miembros de la UE. Sin embargo, ante tal circunstancia, la reciente normativa europea, lejos de promover la aplicación y cumplimiento de uno de los principios básicos en el seno de la UE: el principio de solidaridad entre los Estados miembros, ha optado por trasladar la responsabilidad en materia de protección internacional a tres grandes grupos de Estados: en primer lugar, y fundamentalmente, a los Estados de entrada de los flujos migratorios (Grecia e Italia); en segundo lugar, a los Estados de tránsito (Austria y

³¹ SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law”, *European Papers*, 2016

³² PARRAS, J. M., “El Sistema Europeo Común de Asilo y la Crisis de los Refugiados. Un nuevo desafío de la Globalización”, *Revista de Estudios Políticos*, 2017.

³³ STEDH 7 de junio 1989, as. C-14038/88, *Soering vs. Reino Unido*.

Hungría); y, por último, a los principales Estados de acogida (Alemania y Suecia)³⁴. Se trata de los criterios sobre asignación de responsabilidades respecto de las solicitudes de protección internacional implementados por el sistema de Dublín.

Ahora bien, la mayoría de las propuestas presentadas por la Comisión Europea han girado en torno la idea de que sea el Estado de entrada de los flujos migratorios quien deba encargarse de examinar las solicitudes de asilo presentadas, decidiendo sobre quiénes son merecedores de protección internacional y quiénes no. Todo ello con la consecuente devolución y retorno, en caso negativo, de quienes solicitan protección. Por tanto, en este contexto, Italia y Grecia, en tanto en cuanto Estados de entrada, se han configurado como los principales perjudicados ante la actual “crisis de refugiados” pues sobre ellos ha recaído todo el peso del desbordante fenómeno migratorio.

Así, la deficiente normativa europea y la actitud insolidaria de buena parte de los Estados miembros de la UE, han generado, como principal consecuencia, que los países perceptores de flujos migratorios se hayan visto desbordados ante la ingente cantidad de solicitudes de protección internacional presentadas y ante la imposibilidad para tramitar todas ellas. Es por ello por lo que esta circunstancia ha traído aparejada consigo la creciente necesidad de hacer uso de mecanismos poco ortodoxos para paliar esta afluencia masiva. Es el caso de la política de retorno adoptada en el acuerdo entre la UE y Turquía del año 2016 (así como en el Memorando de Entendimiento entre Italia y Libia que analizaremos posteriormente).

Es en este punto en el que necesariamente hemos de hacer alusión al enfoque *hotspot*. En su trabajo, Tsourdi definió el término *hotspot* (“punto de acceso” o “punto crítico”) como “aquella sección de la frontera exterior de la UE que enfrenta un gran número de llegadas procedentes de terceros países”³⁵, tratándose, en la mayoría de los casos, de la llegada de personas que precisan de protección internacional. De este modo, a la vista de tal definición, en el caso aquí planteado podemos decir que tanto Grecia como Italia se configuran como puntos críticos o *hotspot* pues estamos ante Estados ubicados en los territorios fronterizos de la UE que reciben, o que potencialmente pueden recibir, flujos migratorios de contenido desproporcionado.

³⁴ PARRAS, J. M., “El Sistema Europeo Común de Asilo y la Crisis de los Refugiados. Un nuevo desafío de la Globalización”, *Revista de Estudios Políticos*, 2017.

³⁵ TSOURDI, E., “Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation towards joint Implementation through the European Asylum Support Office”, *European Papers*, 2016.

En este contexto, se ha venido hablando de la necesidad de implementar la colaboración interinstitucional como mecanismo principal para proporcionar ayuda y apoyo operativo a los Estados miembros más afectados. El Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas define, en su artículo 2.10, el término “punto crítico” o “área *hotspot*” como “una zona en la que el Estado miembro de acogida, la Comisión, los organismos de la Unión competentes y los Estados miembros participantes cooperan con el objeto de gestionar un reto migratorio desproporcionado, existente o potencial, caracterizado por un aumento significativo del número de migrantes que llegan a las fronteras exteriores”³⁶.

La colaboración interinstitucional es, por tanto, el gran reto al que ha de enfrentarse en la actualidad la UE. Se trata, nada más y nada menos, de la suma de las actuaciones conjuntas de las diversas agencias europeas, de los Estados miembros y de las instituciones europeas para que, mediante grupos de expertos en la materia, resulte posible ofrecer apoyo técnico y operativo en las áreas del territorio europeo configuradas como “puntos críticos” y ello con la finalidad última de hacer frente a la llegada ingente de migrantes a suelo europeo³⁷. En definitiva, se persigue disminuir la sobrecarga de trabajo a la que se ven sometidos algunos Estados miembros por sus especial situación geográfica.

Desde una perspectiva jurídica, resulta más que evidente la posible vulneración de la normativa internacional y europea. Tal y como ya hemos venido advirtiendo, la finalidad última perseguida con la aplicación de dicho acuerdo no es otra que la de garantizar el retorno y la devolución de todos aquellos migrantes que se encuentran en una situación irregular. Así, esta finalidad pudiera entrar en colisión, por un lado, con la prohibición de llevar a cabo expulsiones colectivas prevista expresamente en la Convención de Ginebra de 1951 y, por otro lado, con el articulado de la CEDH. En este último caso, nos referimos a la también prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4), a la necesidad de llevar a cabo una evaluación individualizada de la situación particular de cada migrante, a la vulneración del derecho a un recurso efectivo (artículo 13), así

³⁶ TSOURDI, E., “Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation towards joint Implementation through the European Asylum Support Office”, *European Papers*, 2016.

³⁷ TSOURDI, E., “Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation towards joint Implementation through the European Asylum Support Office”, *European Papers*, 2016.

como a la prohibición de retorno de quienes pudieran correr riesgo de muerte, tortura o cualquier otro trato inhumano o degradante en su país de origen o en el Estado al que fueran a ser retornados (artículo 3).

El papel de la jurisprudencia del TEDH ha sido clave en esta materia. Es así como desde la célebre sentencia “*Asunto Hirsi Jamaa vs. Italia*”³⁸ del año 2012 el TEDH ha venido poniendo de manifiesto la posible vulneración de tales principios en el seno de la UE.

Ahora bien, también desde una perspectiva ética, el hecho de que pareciera haberse hecho primar la obtención de beneficios de tipo económico, así como la posible incorporación de Turquía a la UE, sobre el respeto del principio de legalidad y la garantía de los derechos humanos, ha traído consigo que este acuerdo haya sido objeto de una férrea crítica por parte tanto de la opinión pública como de los expertos en la materia.

V. EL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE ITALIA Y LIBIA

i. El origen, contenido y objetivos del Memorando de Entendimiento.

El acuerdo entre la UE y Turquía no es la única consecuencia derivada del tratamiento que desde la UE se le ha otorgado a la cuestión de la migración irregular. Siguiendo la misma línea, el 2 de febrero del año 2017, Italia y el gobierno libio firmaron lo que se conoce bajo la denominación de “Memorando de Entendimiento” (MdE).

La cooperación entre estos dos Estados en materia de política migratoria ha sido una constante a lo largo de los últimos años. En las primeras décadas del siglo XXI, Italia y Libia suscribieron múltiples acuerdos cuya finalidad última radicaba en la necesidad de poner freno a todos aquellos flujos migratorios procedentes de África. Sin embargo, la inestabilidad política en Libia (consecuencia del estallido de una Guerra Civil), unida a los pronunciamientos condenatorios del TEDH³⁹, determinaron la suspensión de dicha cooperación en el año 2012⁴⁰.

³⁸ STEDH 23 de febrero de 2012, as. C- 27765/09, *Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*.

³⁹ STEDH 7 de junio 1989, as. C-14038/88, *Soering vs. Reino Unido*.

⁴⁰ PALM, A., “The Italy-libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?”, *Odysseus Network*, 2017.

No obstante, la desbordante crisis migratoria actual ha traído consigo la apertura de una nueva etapa de colaboración en materia de gestión migratoria entre Libia e Italia. La especial situación geográfica de ambos países ha determinado la necesaria cooperación entre uno y otro para poder hacer frente así a las rutas migratorias que tienen lugar en la zona del Mediterráneo central (Figura 1). La afluencia masiva de inmigrantes en las costas italianas ha generado un fuerte rechazo entre la población del país mediterráneo. Como consecuencia de ello, el gobierno italiano se ha visto obligado a implementar una serie medidas urgentes encaminadas a paliar el ingente número de llegadas, destacando entre tales medidas el MdE firmado entre Libia e Italia.



A principios de 2017, el primer ministro italiano Gentolini y el gobierno libio firmaron un MdE, el cual sería posteriormente respaldado por la ONU. En sus disposiciones iniciales se alude a las obligaciones contraídas por las partes suscriptoras (artículos 1 y 2 MdE). Así, mientras que, por un lado, Libia se comprometió a la adopción de todas aquellas medidas necesarias para poner freno a la llegada de flujos migratorios al continente europeo, y en particular a Italia. Por su parte, Italia acordó la implementación de programas destinados a promover el desarrollo de las regiones libias afectadas por los flujos migratorios, así como la financiación y la facilitación de apoyo técnico y tecnológico a las autoridades libias encargadas de hacer frente al problema migratorio⁴¹. Nos referimos fundamentalmente a la guardia costera y a la guardia fronteriza libias.

⁴¹ SKORDAS, A., “A ‘blind spot’ in the migration debate? International responsibility of the EU and its members states for cooperating with the Libyan coastguard and militias”, *Odysseus Network*, 2018.

A pesar de que el MdE fija como sus objetivos esenciales la gestión de los flujos migratorios y la cooperación en el desarrollo de las regiones libias afectadas por los mismos, un objetivo *a priori* legítimo, la práctica determina una realidad bien distinta⁴². En este sentido, puede observarse como las actuaciones de uno y otro Estado están encaminadas a la implementación de mayores controles en las fronteras libias y ello con el objetivo último de evitar las salidas de flujos migratorios hacia el continente europeo. Se trata, en definitiva, de reducir a toda costa, sea cual sea el precio, la llegada de migrantes a territorio europeo.

De esta manera, todos aquellos inmigrantes que consiguen llegar hasta las fronteras de Libia o bien ven denegada su entrada por parte de la guardia fronteriza o bien, si en el mejor de los casos consiguen entrar, son interceptados en aguas mediterráneas por la guardia costera, siendo trasladados a continuación a centros de recepción libios en tanto en cuanto tiene lugar el retorno voluntario a sus países de origen o durante el periodo en que se tramita su repatriación⁴³. Así, podemos observar como desde Europa se ha optado por la implementación de una política migratoria, en colaboración con Libia, que gira en torno a tres grandes ejes: la gestión integrada de las fronteras libias, el apoyo a la guardia costera libia y el refuerzo de las fronteras del sur de Libia⁴⁴.

La participación de terceros países en la gestión de la migración por parte de la UE, trae consigo un importante fenómeno de externalización de las políticas migratorias⁴⁵, circunstancia la cual ha determinado el desplazamiento de los controles fronterizos más allá del territorio europeo. A pesar de la constante alusión a finalidades humanitarias, la finalidad real de este tipo de políticas migratorias, tal y como ya hemos venido diciendo, se proyecta en dos grandes puntos: por un lado, en la reducción del número de migrantes que llegan hasta las fronteras europeas y, por otro lado, en la elusión de posibles responsabilidades a nivel internacional.

⁴² PALM, A., “The Italy-libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?”, *Odysseus Network*, 2017.

⁴³ SKORDAS, A., “A ‘blind spot’ in the migration debate? International responsibility of the EU and its members states for cooperating with the Libyan coastguard and militias”, *Odysseus Network*, 2018.

⁴⁴ PALM, A., “The Italy-libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?”, *Odysseus Network*, 2017.

⁴⁵ FREI, N., & HRUSCHKA, C., “Circumventing non-refoulement of fighting ‘illegal migration’?”, *Odysseus Network*, 2018.

El contenido del MdE, cuyo periodo de vigencia es de 3 años, ha sido objeto de constantes críticas por parte de la doctrina. En primer lugar, ha de señalarse que contiene un lenguaje genérico e impreciso desde el punto de vista legal. No ofrece un análisis detallado de las actuaciones que pueden ser desarrolladas en virtud del mismo, otorga a todo flujo migratorio un carácter “irregular”, sin hacer alusión alguna a los términos “refugiado” o “migración legal”, y no se refiere al fenómeno del reasentamiento. De la misma manera, no hay claridad a la hora de tratar la cuestión de la financiación. No se ahonda en el origen de los fondos monetarios ni tampoco en el posible destino de los mismos, lo cual ha generado importantes dudas en torno a si realmente la financiación procedente de la UE pudiera destinarse al cumplimiento de los objetivos ya señalados. Por último, la ausencia de referencia alguna a los derechos de los migrantes y la situación especialmente conflictiva en Libia se han configurado también como cuestiones problemáticas que acaban poniendo en duda la legitimidad moral de las negociaciones con el país vecino.

ii. Libia, ¿un “Estado seguro”?

Tal y como ya hemos visto con anterioridad, el artículo 33 de la Convención de Ginebra regula la denominada prohibición de devolución. En virtud del principio de no devolución, los Estados suscriptores de dicha normativa se comprometen a garantizar el no retorno de cualquier solicitante de protección internacional al territorio de aquel Estado en el que su vida e integridad pudieran correr peligro.

De este modo, si una persona presentase una solicitud de asilo en cualquiera de los Estados miembros de la UE, esta última solo podría ser retornada a un tercer país que tuviera la consideración de seguro⁴⁶, circunstancia que tan solo se dará si se cumple lo previsto en el artículo 38 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional:

- Inexistencia de temor alguno a sufrir persecución o cualquier otro tipo de daño contra su integridad física y su libertad en aquel país en el que va a ser retornado

⁴⁶ FREI, N., & HRUSCHKA, C., “Circumventing non-refoulement of fighting ‘illegal migration’?”, *Odysseus Network*, 2018.

por motivos de religión, raza, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social.

- El tercer país ha de cumplir con la propia prohibición de devolución en aplicación de la normativa internacional, en concreto en atención a lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951.
- Ha de reconocérsele al afectado la facultad de solicitar asilo y la posibilidad de obtener el estatuto jurídico de refugiado en dicho país.

Estas exigencias también han sido defendidas por el TEDH que, de forma reiterada, ha venido señalando que, con carácter general, rige el principio de no devolución. Entendiendo que la cooperación con terceros países solo será lícita se en el seno de los mismos se respeta la prohibición de no devolución y se le permite a los solicitantes de protección internacional tener acceso a un procedimiento en el que se examine su situación particular⁴⁷.

A la vista de todo ello, parece más que evidente que Libia no reúne los requisitos necesarios para su configuración como un “tercer país seguro”.

Por un lado, ha de advertirse que Libia no es parte contratante de la Convención de Ginebra⁴⁸. De esta manera, en principio, no le resulta de aplicación la prohibición de devolución recogida en el artículo 33 de la misma. Esta circunstancia no solo determina la imposibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales internacionales para la exigencia de responsabilidades sino que, al mismo tiempo, supone la inexistencia de garantía alguna para los beneficiarios de protección internacional, garantía en torno a la posible repatriación a sus países de origen u otros afines.

La externalización de la gestión de la migración supone, a su vez, la necesaria externalización de la gestión del asilo⁴⁹. De este modo, la gestión de la protección internacional le está siendo encomendada a un Estado que ni tan siquiera reconoce el derecho de asilo.

⁴⁷ FREI, N., & HRUSCHKA, C., “Circumventing non-refoulement of fighting ‘illegal migration’?”, *Odysseus Network*, 2018.

⁴⁸ PALM, A., “The Italy-libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?”, *Odysseus Network*, 2017.

⁴⁹ PALM, A., “The Italy-libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?”, *Odysseus Network*, 2017.

Por otro lado, resulta especialmente preocupante la situación de inestabilidad política y las constantes violaciones de los derechos humanos que tienen lugar en Libia. Se trata de una circunstancia que, de ningún modo, contribuye a la consagración de dicho Estado como un “tercer país seguro”. La caída del régimen dictatorial de Gaddafi, el estallido de una sangrienta Guerra Civil, el surgimiento de milicias que controlan importantes sectores del país, la falta de un gobierno unitario y el terror infundado por el terrorismo de Estado Islámico en Libia han contribuido a acrecentar esta percepción⁵⁰.

Todo ello unido a los informes ofrecidos por una gran variedad de actores internacionales en virtud de los cuales se pone de manifiesto una clara violación sistemática de los derechos humanos de los migrantes en Libia. La Organización Internacional para la Migración (OIM) y las Naciones Unidas (NU) han evidenciado la situación de abuso y la flagrante vulneración de los derechos de los inmigrantes en los centros de recepción temporal: la utilización de instrumentos de tortura, los abusos sexuales, la falta de alimentos y atención sanitaria, etc. En esta misma línea, Amnistía Internacional ha venido advirtiendo que el incumplimiento por parte del gobierno italiano de las obligaciones internacionales en materia de migración lo convierte en cómplice de tales violaciones.

En este sentido, podemos decir que, en definitiva, dos son las razones principales que debieran llevar a los Estados miembros de la UE a no colaborar con Libia en materia de política migratoria: la violación continuada de los derechos de los inmigrantes en el territorio libio y los informes poco esperanzadores en torno a la realidad política del país⁵¹. Sin embargo, la aparición en la escena política nacional de la cuestión migratoria como un problema de primer orden, ha traído consigo la necesidad de adoptar medidas que pudieran paliar el descontento general de la población. Se trata de la adopción de soluciones simples ante una cuestión especialmente compleja. Italia es perfecta conocedora de las motivaciones de llevar a Libia a aceptar este tipo de políticas migratorias: financiación y apoyo técnico y tecnológico, circunstancia de la que se ha venido aprovechando en los últimos años.

⁵⁰ VOGEL, T., “Libya: The strategy that wasn’t”, *Centre for European Policy Studies*, 2017.

⁵¹ BARSLUND, M. & LUDOLPH, L., “Migrants in the Mediterranean: Easy and difficult solutions”, *Centre for European Policy Studies*, 2017.

iii. La posible vulneración del Derecho Internacional y la atribución de responsabilidades.

La jurisprudencia del TEDH ha venido poniendo de manifiesto que las férreas medidas de control fronterizo, así como la expulsión de los solicitantes de protección internacional a terceros países, son contrarias al principio de no devolución y, por ende, al contenido de la CEDH. De forma reiterada, el TEDH ha señalado que constituye un aspecto procesal inherente a la prohibición de devolución, por un lado, la obligación de todo Estado de registrar a aquellas personas que, de manera irregular, llegan hasta sus fronteras y, por otro lado, la obligación de ofrecerles información sobre su situación y los derechos que les asisten⁵². Es por ello por lo que la colaboración en materia de política migratoria con terceros países ajenos a la UE sólo tendría la consideración de legítima en aquellos supuestos en los que el solicitante de asilo tenga reconocido el derecho a un procedimiento con todas las garantías y derechos.

Este posicionamiento del TEDH tiene su reflejo en célebres sentencias como el *Asunto Hirsi Jamaa vs. Italia*, el *Asunto Sharifi vs. Italia y Grecia* o el reciente *Asunto N.D y N.T vs. España*.

La puesta en práctica del MdE supone un claro incumplimiento de la prohibición de devolución. La realización de retornos forzados y devoluciones en cadena por parte de Libia pone de manifiesta la inexistencia de un procedimiento con garantías. La mayor parte de los migrantes que llegan hasta las fronteras libias son objeto de expulsiones o internamientos en centros de acogida temporal hasta que se tramita dicha expulsión. No se produce, por tanto, una evaluación de las solicitudes de protección internacional presentadas por los migrantes.

La vulneración de los derechos humanos de los inmigrantes en Libia, y consecuentemente de las normas de Derecho Internacional, es un hecho contrastado⁵³. Tal y como ya hemos venido advirtiendo, han sido múltiples las organizaciones internacionales que han puesto de manifiesto las graves violaciones de derechos humanos que tienen lugar en los centros de recepción temporal de Libia. La esclavitud, la tortura, el abuso sexual, la prostitución forzada, la falta de medicamentos y alimentos, el

⁵² FREI, N., & HRUSCHKA, C., “Circumventing non-refoulement of fighting ‘illegal migration’?”, *Odysseus Network*, 2018.

⁵³ SKORDAS, A., “A ‘blind spot’ in the migration debate? International responsibility of the EU and its members states for cooperating with the Libyan coastguard and militias”, *Odysseus Network*, 2018.

incipiente mercado de tráfico de órganos y la trata de seres humanos son sólo algunas de las situaciones a las que se ven sometidos los inmigrantes⁵⁴.

En este punto, la problemática se plantea en torno a la posible atribución de responsabilidad internacional (a título de colaboración) a la UE y a los diversos Estados miembros, muy particularmente a Italia. La determinación de dicha responsabilidad es, en cualquier caso, una cuestión compleja dada su ambigüedad, una cuestión respecto de la cual no existe una opinión unánime.

Las políticas migratorias adoptadas en el seno de la UE para hacer frente al fenómeno de la migración irregular, y en concreto el MdE firmado entre Libia e Italia, pudieran entrar en conflicto con la normas de Derecho Internacional y europeo⁵⁵ (muy especialmente al principio de no devolución), lo cual pondría sobre la mesa la posible atribución de responsabilidades a unos y otros.

El Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la CDI, dispone en su artículo 16 que: “El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia”.

Procediendo al análisis de dicho precepto, hemos de referirnos a la expresión “conocimiento de las circunstancias”. Así, para que un Estado sea responsable por la ayuda o asistencia prestada en la comisión por parte de otro Estado de un hecho internacionalmente ilícito es necesario que concurren dos requisitos de forma cumulativa: por un lado, el Estado que asiste ha de tener pleno conocimiento de la comisión de los hechos ilícitos. Y, por otro lado, se precisa además la existencia de un “propósito”, es decir, sólo podrá derivarse responsabilidad internacional para el Estado que presta

⁵⁴ SKORDAS, A., “A ‘blind spot’ in the migration debate? International responsibility of the EU and its members states for cooperating with the Libyan coastguard and militias”, *Odysseus Network*, 2018.

⁵⁵ FREI, N., & HRUSCHKA, C., “Circumventing non-refoulement of fighting ‘illegal migration’?”, *Odysseus Network*, 2018.

asistencia si este último actuase con la finalidad de facilitar la comisión del hecho ilícito⁵⁶. La concurrencia de estos dos requisitos implicaría afirmar que desde la esfera europea se persigue facilitar la comisión de todo tipo de atrocidades por parte del gobierno libio, circunstancia que en ningún caso ha sido así.

La CIJ también se ha pronunciado en materia de responsabilidad internacional. A la vista del crimen de genocidio, reinterpretó el elemento del “propósito”, refiriéndose a él como la “conciencia”⁵⁷. De este modo, la CIJ entendió que sólo podrá atribuírsele responsabilidad internacional a un Estado por la asistencia prestada a otro en la comisión de un ilícito internacional si este fuera plenamente consciente de cuál es la finalidad última que persigue el autor del mismo. Si el Estado presta su ayuda aún a sabiendas de la intención del otro Estado, será responsable internacionalmente. Si siguiéramos los pronunciamientos de la CIJ, sería necesario demostrar que tanto la UE como los Estados miembros, en este caso Italia, son plenamente conscientes de que la intención última del país vecino es la de cometer todo tipo de violaciones de los derechos humanos y, a pesar de ello, sin embargo, ofrecen su apoyo.

La ausencia de intencionalidad queda demostrada si tenemos en cuenta que en el año 2017, en una declaración conjunta, la UE y África condenaron las constantes violaciones de derechos humanos que tienen lugar en Libia.

Por otro lado, en materia de responsabilidad, también cabe tener en consideración que son diversos los autores que han venido definiendo que las vulneraciones constantes de los derechos de los inmigrantes en Libia se han visto, como mínimo, favorecidas por la asistencia económica y material prestada por la UE.

⁵⁶ SKORDAS, A., “A ‘blind spot’ in the migration debate? International responsibility of the EU and its members states for cooperating with the Libyan coastguard and militias”, *Odysseus Network*, 2018.

⁵⁷ SKORDAS, A., “A ‘blind spot’ in the migration debate? International responsibility of the EU and its members states for cooperating with the Libyan coastguard and militias”, *Odysseus Network*, 2018.

VI. CONCLUSIONES

La crisis migratoria actual ha puesto de manifiesto las carencias existentes, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito europeo, en materia de protección internacional.

Tanto las instituciones europeas como los Estados miembros de la UE se han visto sobrepasados ante la masiva llegada de nacionales procedentes de terceros Estados o apátridas que reclaman protección internacional ante el temor de verse obligados a regresar a sus países de origen. Todo ello, unido a la presión ejercida en diversos países por la opinión pública, ha traído consigo la adopción de medidas poco respetuosas con los derechos que debieran asistir a los demandantes de protección internacional.

Entre estas medidas destacan el Acuerdo firmado entre la UE y Turquía en el año 2016 y, muy especialmente, el MdE entre el gobierno italiano y Libia del año 2017. Se trata de dos mecanismos empleados para hacer frente al fenómeno de la migración irregular que han generado escepticismo en torno a la posible vulneración de la normativa internacional y europea.

Por un lado, el Acuerdo entre la UE y Turquía ha evidenciado, desde el punto de vista jurídico, la clara violación del principio de no devolución, de la prohibición de expulsiones colectivas y del derecho de todo solicitante de asilo a un procedimiento con todas las garantías. Sin embargo, al mismo tiempo, este acuerdo ha planteado también problemas desde una perspectiva moral pues en virtud del mismo se ha observado como la necesidad de evitar la llegada de migrantes a territorio europeo ha adquirido preferencia frente al respecto y la protección de los derechos humanos de los inmigrantes.

Por otro lado, el MdE ha adquirido una especial relevancia en el contexto actual. El contenido del mismo, ha puesto de manifiesto la posible atribución de responsabilidad internacional a la UE y a sus Estados miembros (particularmente a Italia). Se ha debatido en torno a si la asistencia prestada por Italia a la autoridades libias para hacer frente a la gestión de la migración irregular pudiera considerarse como un acto de colaboración, con pleno conocimiento, en la comisión de un acto ilícito desde el punto de vista internacional.

Las violaciones de los derechos humanos y el incumplimiento por parte de Libia de la prohibición internacional de devolución han sido constatados por diversas organizaciones, organizaciones que han evidencia los abusos a los que los inmigrantes

interceptados y trasladados a centros de acogida temporal se han visto sometidos. Ahora bien, la cuestión central radica en el hecho de que la UE, y particularmente Italia, hayan permitido que los inmigrantes interceptados en aguas mediterráneas sean acogidos temporalmente por un tercer estado que, de acuerdo con la flagrante violación de los derechos humanos y con su inestable situación política, en ningún caso puede tener atribuida la condición de “seguro”, con la consecuente atribución de responsabilidad internacional. Estamos, en cualquier caso, ante una cuestión especialmente polémica por su ambigüedad y por la falta de consenso.

Junto al deficiente tratamiento de la migración irregular, son múltiples los problemas que presenta el actual SECA. Se trata, en cualquier caso, de problemas que dificultan el establecimiento de un sistema uniforme y armonizado en todos los Estados miembros en materia de asilo. Hablamos de las debilidades del proceso de agencificación o de la desarticulación del denominado Espacio Schengen.

Por un lado, la ausencia de carácter vinculante en las decisiones adoptadas ha impedido la posibilidad de coordinar los diversos sistemas nacionales en materia de protección internacional. Los Estados miembros no se ven obligados a adoptar las decisiones que emanan de las diversas agencias europeas y como consecuencia de ello la labor armonizadora de las mismas se ve impedida.

Por su parte, por otro lado, el terrorismo yihadista y la necesidad de garantizar la seguridad nacional han derivado en la supresión temporal del principio de libre circulación de personas. De este modo, los Estados miembros se han servido de tales factores para justificar la denegación de las solicitudes de asilo que se presentan en sus territorios.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de revista:

BARSLUND, M. & LUDOLPH, L., “Migrants in the Mediterranean: Easy and difficult solutions”, *Centre for European Policy Studies*, 2017.

BRUYCKER, P. DE, “The European Border and Coast Guard: A New Model Built on an Old Logic”, *European Papers*, 2016.

CHAMON, M., *EU Agencies Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 6.

FREI, N., & HRUSCHKA, C., “Circumventing non-refoulement of fighting ‘illegal migration’?”, *Odysseus Network*, 2018.

GONZÁLEZ VEGA, J., “Mitos y Mitificaciones: La UE y la protección internacional (a propósito de la crisis de los refugiados)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017.

PALM, A., “The Italy-libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?”, *Odysseus Network*, 2017.

PARRAS, J. M., “El Sistema Europeo Común de Asilo y la Crisis de los Refugiados. Un nuevo desafío de la Globalización”, *Revista de Estudios Políticos*, 2017.

RIJPMAN, J., “External Migration and Asylum Management: Accountability for Executive Action outside EU-Territory”, *European Papers*, 2017.

SKORDAS, A., “A ‘blind spot’ in the migration debate? International responsibility of the EU and its member states for cooperating with the Libyan coastguard and militias”, *Odysseus Network*, 2018.

SOLANES, A., “Derechos Humanos y Asilo: Sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española”, *Instituto Universitario de Derechos Humanos*, 2014.

SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law”, *European Papers*, 2016.

TSOURDI, E., “Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation towards joint Implementation through the European Asylum Support Office”, *European Papers*, 2016.

VOGEL, T., “Libya: The strategy that wasn’t”, *Centre for European Policy Studies*, 2017.

WECKEL, P., *Le droit international face à la mobilisation internationale en faveur des migrants*, Académie de droit international de La Haye, Boston, 2015, p. 30.

Jurisprudencia de los tribunales:

STEDH 7 de junio 1989, as. C-14038/88, *Soering vs. Reino Unido*.

STEDH 17 de diciembre 1996, as. C-25964/94, *Ahmed vs. Austria*.

STEDH 23 de febrero de 2012, as. C- 27765/09, *Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*.